

X ALFREDO PEREZ GUERRERO

X LAS ASIGNACIONES FORZOSAS: LOS ALIMENTOS Y LA  
PORCION CONYUGAL



ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL



El derecho individualista consagrado en el Código Civil se encontró con graves problemas en materia de sucesión por causa de muerte. Después de haber consagrado el dominio como derecho absoluto para usar, gozar, disponer y destruir la cosa corporal o incorporal en que se ejerce, surge lógicamente la consecuencia de que el titular del derecho puede también disponer con entera libertad de sus bienes para después de sus días. La libertad de testar era corolario o consecuencia ineludible de los principios romanos que informan la propiedad individual y completa. Y por eso Roma, en su Ley de las XII Tablas, proclamó la libertad absoluta de testar aun en el caso de existir descendientes o ascendientes del de cujus. Y fué menester una ficción jurídica, la del testamento inoficioso, para proteger a los hijos. Se suponía que el testador no estuvo en su sano juicio al haber otorgado su testamento con prescindencia de sus descendientes, y se reconoció el derecho de éstos para que el juez declare sin valor un testamento de tal índole. Poco a poco, posteriormente, se llegó a establecer el concepto de asignaciones forzosas para descendientes, ascendientes y cónyuge. Lo que quiere decir que, en todo tiempo, desde hace dos mil años, y aún antes, se estableció la pugna entre el principio individualista de la propiedad y el principio de su función familiar o social. Siempre fué menester agregar la frase "de acuerdo con la ley", "con las limitaciones legales" o, en fin, "no siendo contra la ley o contra derecho ajeno", como dice nuestro Código Civil en su definición del dominio. En todo tiempo el hombre no fué un ser aislado ni un ser omnipotente sino que dependió para su vida misma, para su felicidad, su paz y su protección, de los demás: de la familia, del clan, de la horda o de las sociedades civilizadas, sin las cuales no habría podido vivir ni sobrevivir. Y sus "bienes" realmente nunca fueron sólo



suyos ni se debieron a su solo esfuerzo. Fueron bienes adquiridos en un medio de orden, de organización, de protección a sus actividades. El hombre necesitó de su mujer y de sus padres e hijos, de la cooperación de los vecinos, de la coacción defensiva del poder político. Y siendo eso así, como lo es, no cabía reconocerle el don de la propiedad exclusiva, el ejercicio de un dominio que daña a otros, la disposición libre o arbitraria de bienes que fueron adquiridos con la protección o la cooperación de los otros. Las leyes establecieron límites entre el derecho de uno y el derecho de los otros. El derecho individual tuvo los límites de no dañar al derecho y al bien ajeno o de la comunidad como tal. El derecho tuvo su reverso y su condición de existencia en la obligación y en el deber, tan íntimamente enlazados y compenetrados que no puede existir derecho sin deber: el uno es el sustento del otro, su justificación y su premisa. Si así no fuera se desatarían la anarquía y el caos en las relaciones humanas.

La marcha del tiempo ha determinado el que cada vez más el derecho individual vaya convirtiéndose en derecho social, de tal manera que no haya una minoría que goce de los beneficios de la riqueza y de la holgura económica y una mayoría miserable, analfabeta y explotada cuya sola función en siglos pasados fué la de sostener y sustentar la pequeña pirámide de los privilegiados dueños de la fuerza y de la riqueza. Ese ímpetu del siglo en que vivimos penetra en la floresta oscura y milenaria de las instituciones económicas, políticas y jurídicas. A su impulso se rompen raíces centenarias y caen los cimientos que parecieron hechos para la eternidad. El ímpetu ha penetrado también entre las amarillentas páginas de nuestro centenario Código Civil, dictado en Chile por uno de los hombres más eminentes de América, Andrés Bello, el venezolano ilustre, lingüista, gramático, poeta y legislador de una gran parte de este Continente, quien legisló de acuerdo con los pensamientos del siglo XIX, cuando regía como axioma la ley de la oferta y la demanda o el dejar hacer y dejar pasar, o el culto a la propiedad intangible y sagrada. Su obra marcó un adelanto en la etapa de las leyes coloniales de Castilla; pero la humanidad ha superado esa etapa y ha marchado adelante por los caminos de la historia. Por eso, muchas páginas han sido arrancadas, mutiladas, o cambiado el texto sabio, ecléctico, lógico de antaño. Ahora por ejemplo, no está sujeta a la libre contratación "la



mercancía" del trabajo. Ya no puede el trabajador, aunque quiera, "con la voluntad libre", consagrada como principio en el Código, someterse a un trabajo de más de ocho horas por un salario de hambre, ni puede renunciar a sus derechos. Ahora, por ejemplo, la propiedad es una "función social" como lo dice el texto constitucional. Ahora han desaparecido los hijos estigmatizados e insultados por la ley: los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, y ellos también, los parias de antes, tienen derecho al amparo de la ley, a educación, alimentación y herencia de sus progenitores.

Todo está cambiando, adecuándose a los ideales de nuestro tiempo, lentamente a veces, revolucionariamente en otras veces. No sabemos hasta dónde esto pueda llegar. Nos inquieta el que, como siempre, la pasión y la violencia sobrepasen los límites de lo razonable y de lo justo. Nos inquieta que la médula de bien y de justicia que ha dado vida a la lucha del hombre por mayor bienestar y mayor igualdad, desaparezca en las manos rudas e irresponsables de los directores de la política y de los dueños de la fuerza. No quisiéramos que se haga escudo y disfraz de los grandes ideales humanos para escamotearlos en beneficio de la audacia, del hambre de poder, del imperialismo de un pueblo que pretenda dominar al mundo. Ya se invocó en Alemania el nombre del pueblo para forjar un instrumento de odio, de dominación y de guerra. Y ya se invocaron los derechos del proletariado y de la justicia en Hungría para abalear y pisotear a trabajadores, universitarios e intelectuales.

Es privilegio del hombre volver después de la violencia, del terror y del delirio de poder, a los propios cauces humanos de la razón, la justicia, el equilibrio de derechos y deberes, y sobre todo el hondo sentido de solidaridad y de amor. Esperemos que sea así y que el mundo se detenga al borde del abismo abierto en esta hora sombría y confusa. Esperemos que triunfen al fin y vuelvan a iluminar los horizontes de la tierra los eternos valores de la libertad, de la verdad, de la fraternidad humana .

## LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

**"Art. 1225.—Asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.**



**Asignaciones forzosas son:**

- 1ª—Los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas;**
- 2ª—La porción conyugal;**
- 3ª—Las legítimas;**
- 4ª—La cuarta de mejoras, en las sucesiones de los descendientes legítimos, de los ilegítimos, o de unos y otros".**

Las asignaciones forzosas establecen una limitación a la libertad de testar. Constituye por lo mismo una obstrucción del derecho de propiedad en su sentido individualista. Se considera que el causante tiene obligaciones que cumplir para después de su muerte con respecto a ciertas personas. En consecuencia, cualquiera que sea su voluntad y aunque ella sea opuesta, la ley concede a tales personas un derecho cierto a una parte de los bienes del difunto. Se justifican esas obligaciones por las relaciones de familia y por los derechos que tales relaciones imponen. Se justifican, además, por la tesis o principio de la copropiedad familiar, ya que, se dice, el causante forma su fortuna y adquiere sus bienes gracias a la cooperación de los seres íntimos que con él viven, o, a lo menos, ellos son estímulo para suscitar virtudes de ahorro y de previsión para el futuro. El causante cuando es jefe de familia tiene un deber de protección para con su cónyuge y para con sus hijos. Ellos son una parte de sí mismo, de su carne y de su sangre, y no es justo que queden abandonados cuando el causante fallece. E inversamente, si de un descendiente se trata, nada más justo que cumpla con los deberes morales que corresponden para con sus ascendientes, y especialmente para con sus padres.

Ya hemos visto que esto, que hoy parece tan justo y tan obvio, no siempre ha sido así, y no se observa, además en todos los países. Los de procedencia sajona establecen la libertad de testar, y, así, el ascendiente puede privar de toda herencia a sus descendientes. La evolución jurídica a este respecto en España, es notoriamente desigual: desde legislaciones de la Península en las cuales se exigía solamente que se dejara a los descendientes tres sueldos como mínimo, hasta la legislación de Castilla en la cual se destinó para legítimas los cuatro quintos de la herencia.

Hay una corriente moderna que propugna la doctrina de crear una asignación forzosa destinada al Estado. Ello pare-



ce justo, puesto que el Estado, la comunidad, son los que permiten básicamente, mediante sus instituciones, el que el individuo pueda ejercitar sus actividades materiales y espirituales y adquirir bienes. Sin la protección del Estado esas adquisiciones serían imposibles y estarían a merced del más fuerte. Será menester tarde o temprano establecer una reforma en este sentido. Podría prescindirse de la asignación para el Estado en fortunas pequeñas, supongamos menores de cien mil sucres, y establecerse una cuota progresiva, comenzando por la décima parte de los bienes, hasta llegar siquiera a un quinto de los mismos cuando la herencia, supongamos, exceda de un millón de sucres. Podría además, tomarse en cuenta para la escala de participación, la calidad de los sucesores del difunto, y dar una mayor participación cuando el Estado concurre con extraños que cuando concurre con descendientes o ascendientes. Aclaremos que el concepto de asignación forzosa para el Estado es distinto del de impuesto a la herencia o legados y donaciones. Tiene otros fundamentos y otras consecuencias, pues, como asignatario forzoso, el Estado tendría iguales derechos que los herederos y sus mismas calidades. Este principio doctrinario no está en pugna con los que informan las asignaciones forzosas, como queda expuesto, y, además, solamente amplía normas legales que ya existen en sucesión intestada cuando el Fisco concurre con los sobrinos del causante. Simplemente se daría mayor amplitud a esa participación y se la extendería a todos los casos en la forma que brevemente queda expuesta.

Materia de este estudio son las asignaciones llamadas de alimentos que se deben por ley a ciertas personas y la porción conyugal.

No obstante, antes de pasar adelante, es necesario que nos refiramos en términos generales a las asignaciones llamadas legítimas y mejoras. Las primeras benefician a los descendientes y ascendientes; las segundas, únicamente a los descendientes. Las legítimas se toman de la mitad de los bienes dejados por el causante a los que se agregan las donaciones hechas en razón de legítimas o mejoras a los legitimarios. Se forma así un acervo imaginario para el cómputo de tales legítimas y mejoras. A veces ocurre que es menester formar un segundo acervo imaginario, cuando las donaciones a extraños son excesivas, y se previene que si ellas excedieren de la cuarta parte del primer acervo imaginario sumado



con las donaciones a extraños, el exceso ha de agregarse para el cómputo referido. Y si fuera tal que absorba o menoscabe la cuarta de mejoras o la mitad legitimaria, se procede a la rescisión de las donaciones comenzando por las más recientes (Arts. 1241, 1242, 1243).

Las mejoras son la cuarta parte de los bienes así computados y se destinan solamente a los descendientes legítimos o ilegítimos, al arbitrio del testador y sean o no legitimarios. El legislador chileno creó la institución de la cuarta de mejoras, apartándose del proyecto de Bello, en el cual la palabra mejora tenía simplemente el sentido de beneficio libre de parte del testador en favor de sus descendientes. Por eso él hablaba de mitad legitimaria y mitad destinada a mejoras; pero no estableció que tales mejoras son una asignación forzosa. Es notorio y claro que la asignación forzosa llamada cuarta de mejoras debiera suprimirse. No corresponde a ningún sentido de necesidad ni de justicia. Si el testador tiene, supongamos cinco hijos legítimos y un bisnieto ilegítimo, puede asignarle a éste toda la cuarta de mejoras con total prescindencia de sus hijos. A lo único que le obliga la ley es a dejar esa cuarta a un descendiente o a varios descendientes, a elección del testador. No sé qué principio de justicia se cumpla con esto, y por tanto no es menester que exista esta asignación forzosa. Si no se quiere suprimirla, sería preferible destinar a legítimas las tres cuartas partes de los bienes, en vez de la mitad.

## LOS ALIMENTOS

**Art. 1226.—**Los alimentos que el difunto ha debido por ley a ciertas personas, gravan la masa hereditaria; menos cuando el testador haya impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión.

**Art. 1227.—**Los asignatarios de alimentos no estarán obligados a devolución alguna en razón de las deudas o cargas que gravaren el patrimonio del difunto; pero podrán rebajarse los alimentos futuros que parezcan desproporcionados al caudal del patrimonio efectivo.



**Art. 1228.—Las asignaciones alimenticias en favor de personas que por ley no tengan derecho a alimentos, se imputarán a la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio.**

**Y si las que se hacen a alimentarios forzosos fueren más cuantiosas de lo que corresponda según las circunstancias, el exceso se imputará a la misma porción de bienes.**

Dentro del sistema del Código los alimentos constituían una asignación forzosa. Gravaban la masa hereditaria como dice en el Art. 1226 a menos que el testador hubiera impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión. Los problemas que planteaba esa norma eran realmente irresolubles. Cada comentador se esforzaba por dar una solución adecuada y razonable, sin conseguirlo o sin que textos expresos de la ley estuvieran en contra de las soluciones planteadas.

Al respecto en otro lugar decíamos lo siguiente:

Si el causante deja por una parte alimentarlos forzosos y por otra legitimarios que no son los mismos alimentarios, entonces se presenta el conflicto. Supongamos, en efecto, que el testador tiene hermanos legítimos a quienes ha estado prestando alimentos forzosos y deja también hijos legítimos: ¿pagaremos los alimentos en detrimento de las legítimas y mejoras o pagaremos las legítimas y mejoras en perjuicio de los alimentos? Siguiendo el mandato de la ley tendremos que pagar previamente las pensiones alimenticias forzosas, puesto que éstas son de deducción previa para llegar a la determinación del acervo líquido. Las legítimas y mejoras se toman del acervo líquido y no del verdadero activo dejado por el causante. Consecuentemente, hay que concluir que las pensiones de alimentos para los hermanos habrán de pagarse necesariamente. Y tales hermanos podrán exigir que se les garantice el pago mediante el depósito del capital necesario en una caja de ahorros y en otro establecimiento análogo (Art. 367). El capital depositado o aun las pensiones por sí mismas podrían agotar todo el patrimonio y no quedar nada para los hijos legítimos. Lo que es un contrasentido y un absurdo juzgándolo desde cualquier punto de vista que sea. El caso puede presentarse y no es solamente teórico; no puede



argumentarse que los alimentos se deben según la cuantía de los bienes del alimentante y sus circunstancias domésticas (Art. 363), porque no obstante ello, fallecido el alimentante que ya no puede obtener renta con su esfuerzo, el gravamen sobre sus bienes puede perjudicar grandemente a sus legitimarios. No cabría, en los casos en que la desigualdad y perjuicio para herederos más cercanos resulte evidente, sino aplicar por extensión el Art. 1227 que dispone que los asignatarios de alimentos no estarán obligados a devolución alguna por deudas o cargos que gravaren el patrimonio del difunto; pero podrán rebajarse los alimentos futuros que parezcan desproporcionados al patrimonio efectivo que ha dejado el causante. Digo aplicar por extensión porque el artículo parece referirse únicamente al caso de deudas hereditarias o cargas testamentarias, y no a obligaciones que consisten en legítimas y en mejoras, y porque precisamente para el cálculo de éstas es menester hacer todos los descuentos enumerados en el Art. 1021. Sin embargo, la segunda parte del artículo, al hablar de alimentos que parecen desproporcionados al caudal efectivo, autorizaría una aplicación extensiva como la indicada en casos de oposición entre los intereses de los legitimarios y de los que no lo sean, como los hermanos, el donante de donación cuantiosa y el exclaustrado.

A más de las dificultades apuntadas hay otras también importantes. Primeramente, no se justifica el que los herederos del causante estén obligados a una prestación de alimentos. Los alimentos constituyen una obligación personalísima del alimentante y un derecho de igual clase del alimentario. Las relaciones de familia o de otra índole (donación, profesión religiosa) son fundamentales y decisivas para que la prestación deba cumplirse: el padre debe alimentos al hijo por ser padre y no por otras razones; el hermano por ser hermano; el donatario porque recibió la donación cuantiosa. Si muere el alimentante su obligación no debe transmitirse; son obligaciones intransmisibles por su carácter personalísimo, porque el heredero no tiene ya la relación de parentesco con el alimentario que justifique la prestación de alimentos. Si esa relación y obligación existen, será una relación independiente que ha de reglarse por las normas comunes de la prestación de alimentos. Veámoslo con ejemplos. Quien fallece es el padre de un hijo y el fallecido prestaba alimentos congruos al cónyuge; esta obligación se tramita al hijo, el



cual por esa CAUSA debe prestar alimentos a su madre viuda del causante. ¿Esa prestación de alimentos sería, pues, una asignación forzosa de previa deducción, y el hijo la cumpliría como quien cumple una deuda hereditaria? No lo creemos. Lo que simplemente ocurriría es que la viuda tendría derecho o a su porción conyugal o a alimentos; pero no, en lo que a alimentos respecta, en calidad de cónyuge del difunto, sino simplemente en calidad de madre del hijo, es decir por una relación de parentesco autónoma que establece la prestación alimenticia sin necesidad de sucesión alguna ni de ninguna representación del causante.

Pero si se trata de que el causante tiene un hermano legítimo a quien debe alimentos y queda un hijo del difunto, nos encontramos con la incongruencia de que el hijo está obligado a suministrar alimentos necesarios al tío, no por ser tío sino porque es una obligación transmisible del difunto. No creemos esto justo ni concorde con los principios fundamentales de la prestación de alimentos, principios que dimanen de relaciones personalísimas entre alimentante y alimentario. Y prácticamente se ha creado la institución para que el hijo dé alimentos al tío, el heredero en general al donante de donación cuantiosa; el nieto o biznieto ilegítimo al abuelo o bisabuelo ilegítimo, o sea para que suministre alimentos en relaciones de parentesco o de deber que no existen entre el heredero y el alimentario.

En los demás casos la obligación de alimentos transmisible es completamente innecesaria porque el alimentario recibe una asignación forzosa distinta —porción conyugal o legítima— o tiene un derecho independiente, autónomo, no derivado de la sucesión, para exigir la prestación alimenticia. La asignación forzosa de alimentos es, pues, en gran parte inútil, en otra injusta, y en todo caso antijurídica y contraria a los principios sobre la materia. A lo sumo, si se quiso tener en cuenta principios humanitarios, debió ordenarse una prestación de alimentos por tres o seis meses en los casos en que el heredero no está obligado por la misma ley y por sus relaciones con el alimentario a suministrarlos. Por otra parte, y aunque no sea éste el lugar de discutirlo, debe suprimirse la obligación de alimentos en favor del donante del exclaustrado (esto ya desaparecerá con la abolición de la muerte civil) y de los hermanos. Los hermanos, a lo menos, no debieran tener derecho a alimentos sino cuando el alimentante



no es casado o no tiene hijos: si los tiene la prestación de alimentos debiera ser voluntaria y no forzosa. Desaparecidas estas categorías de alimentarios, la asignación forzosa llamada alimentos tendría que desaparecer también y con ella todas las dificultades de principio y de práctica que se presenta.

Por otra parte hay la grave dificultad de no saber el cuánto de la disminución señalada en este numeral. Los alimentos son prestaciones que se deben mensualmente y que se pagan por mesadas anticipadas (Art. 365) ¿suspendemos la partición de los bienes, el cómputo de las legítimas y mejoras y el cumplimiento de las disposiciones del testador, hasta cuando el alimentario fallezca o pierda derecho? ¿Sumaremos así las pensiones mensuales para saber lo que ha resultado como deducción previa? ¿O colocaremos al interés de plaza un capital para pagar los alimentos con los intereses que el capital produzca, para que después el capital sea dividido entre los herederos? ¿O calcularemos el tiempo probable de vida del alimentario? Problemas insolubles estos dentro del Código Civil, o cuya solución puede ser desastrosa para los herederos, porque la única solución del Código, la del Art. 367, es la de que los alimentos se conviertan en los intereses de un capital colocado en una caja de ahorros, de tal manera que si el alimentario tiene derecho a una pensión de doscientos sucres mensuales —dos mil cuatrocientos anuales—, tendría que depositarse, al seis por ciento anual, un capital de cuarenta mil sucres en una caja de ahorros mientras viva el alimentario, que puede ser por muchos años, y entre tanto habría un capital "congelado", como se dice ahora, del cual no podrían disponer los herederos. Quizás ese capital agotaría todo el activo de la sucesión del causante; y así, el hijo tendría que esperar, en beneficio del tío —hermano del causante— muchos años para recibir su legítima y su mejora. Salvo que, como hemos dicho, el hijo se vea forzado, por esta razón, a reclamar alimentos en vez de legítima o mejora: cosa ésta dudosa como lo veremos a continuación. En el estado actual de nuestra legislación tenemos ya una solución para saber el monto de la deducción: es una solución de analogía. La Ley del Impuesto a las Herencias, Legados y Donaciones en su Art. 12, dispone lo siguiente: "El valor imponible de la constitución o asignación de pensiones alimentarias se calculará capitalizando el exceso



de la pensión anual sobre dos mil cuatrocientos sucres, al nueve por ciento y aplicando luego las escalas establecidas para el usufructo, según los casos. Cuando la pensión alimenticia afecte la herencia se deducirá del acervo total, para el cómputo del impuesto, el valor imponible que se establece en el inciso anterior. Si afecta a uno o algunos de los herederos, se lo deducirá de la asignación o asignaciones que les hubiere cabido". Esta norma habría que aplicar a nuestra materia, en falta de otra disposición expresa de acuerdo con el numeral séptimo del Art. 18 sobre interpretación de las leyes. En consecuencia, en el ejemplo propuesto de la pensión de doscientos sucres mensuales, si el alimentario tiene 40 años de edad, capitalizando la renta al nueve por ciento nos da \$ 26.666.66. Pero, de acuerdo con los últimos incisos del Art. 11 de la misma ley de Impuestos, como el alimentario tiene cuarenta años, tomaremos solamente el treinta por ciento de esa cantidad o sea \$ 7.999,99, que sería la deducción que por alimentos debe hacerse. Repetimos que los cálculos indicados, en esos artículos tienen el propósito de fijar el monto imponible; pero creemos que, en falta de reglas concretas, pueden ser aplicados a nuestra materia.

No es menester decir, porque es claro, que la suma dedicada para atender a alimentos, no pertenece en propiedad al alimentario, sino que la deducción se hace meramente por el cómputo del valor de la deducción. Esa suma pertenece a los herederos, los cuales, cuando la obligación de alimentos se extinga, se la repartirán de acuerdo con el testamento o con la ley. La obligación de los herederos se limita a la prestación mensual de la pensión alimenticia.

Creen algunos que, para que la deducción se haga, es menester que la obligación haya sido cumplida en vida del testador, o que a lo menos se haya demandado su cumplimiento, porque los alimentos se deben desde la primera demanda; de manera que no habiéndola, o no habiendo el causante cumplido voluntariamente con su obligación, el alimentario nada tendrá que exigir por este concepto a los herederos. Así, si el hermano no demandó alimentos en vida del hermano o si éste no se los suministró, nada podría reclamar a los herederos. Esta opinión la estimamos bien fundada por la misma naturaleza personal de los alimentos, ya que no cabría que se proponga demanda a quien no está obligado a suministrarlos, dadas sus relaciones de parentesco y las limi-



taciones de la ley. A lo menos la solución amengua un tanto las dificultades y contrasentidos que hemos anotado. Hay el inconveniente de que, al dar alimentos al hermano, supongamos, se menoscabarían las legítimas o las mejoras; pero en casi todos los casos, si se trata de un legitimario, es probable que el causante le haya suministrado alimentos en vida y por lo mismo ese legitimario, para no verse defraudado en todos o la mayor parte de los bienes, podría exigir la prestación de alimentos, con preferencia a quien no sea legitimario. Claro que es bien extraño legalmente que un legitimario nada reciba por legítima o mejora, sino en vez de ello reciba alimentos; mas dada la incongruencia del sistema no habría otro medio aceptable que el indicado para no excluirle totalmente de la sucesión. El legitimario, si lo prefiere, podría esperar la pérdida del derecho del alimentario para recibir lo que reste de los bienes. Por fortuna los casos de contradicción y pugna deben ser muy raros; en nuestra jurisprudencia no hay ninguno y creemos que tampoco en la jurisprudencia Chilena; ello se debe, repetimos, a la coincidencia de las calidades de legitimario y alimentario, casi siempre.

Terminaremos esta materia anotando otra incongruencia del Código proveniente no del Proyecto de Bello, sino de los que lo enmendaron y "corrigieron". El Art. 1226 disponía que los alimentos debidos por la ley gravan la masa hereditaria; "menos cuando el testador ha impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión". De manera que este sagrado e inviolable derecho de alimentos, tan importante que tiene privilegio sobre la porción conyugal y sobre las legítimas, puede quedar reducido a cero, si al testador le place imponer la obligación alimentaria a un partícipe de la sucesión que puede ser cualquiera y en cualquier cuantía. El testador puede dejar la centésima parte de sus bienes a X y entonces solamente ese X, y no la herencia ni los otros herederos tendrán la obligación de prestar los alimentos. Esta obligación puede así burlarse muy fácilmente. Lo lógico era, si se creaba la institución de los alimentos transmisibles, darle el mismo sustento y garantía que tienen las legítimas o la porción conyugal: en éstas el testador no puede librarse de darlas mandando que las suministre un legatario, supongamos, sino que el legitimario y el cónyuge son pagados de preferencia con los bienes hereditarios. De manera que las asignaciones alimenticias forzosas pueden tomarse por el querer



del testador en asignaciones alimenticias voluntarias. ¿O deberá entenderse que como se trata de una asignación forzosa, el alimentario conserva un derecho cierto para la prestación íntegra de sus alimentos? ¿Y que, por tanto, si el asignatario gravado no le paga, podría proponer acción a los herederos? Esta quizá debiera ser la solución porque de lo contrario todo el sistema de esta asignación forzosa quedaría desvirtuado. De aceptarla, tendríamos que considerar las siguientes situaciones: el asignatario gravado con la pensión de alimentos acepta la asignación y cumple con el pago de la pensión; entonces no hay problema alguno; los alimentos no son de deducción previa ni les corresponde responsabilidad a los herederos. O el asignatario acepta la asignación pero como está gravada con un modo —el pago de alimentos— obtiene del Juez la fijación de la pensión que ha de pagar y el beneficio del quinto que le corresponde (Art. 1152), de lo que puede resultar una parte de la pensión sin pagarse. Entonces habrá que hacer responsables de esa parte de la pensión a los herederos y por esa parte, capitalizada, como lo hemos visto, se haría la deducción previa. O el asignatario gravado rechaza la asignación: entonces habría que hacer la deducción previa íntegramente y como en los casos ordinarios. El último caso sería el de que el asignatario gravado acepte la asignación y no pague la totalidad de la pensión o parte de ella: entonces en nuestro concepto, y dado el tenor claro y literal del artículo que comentamos y del 1226, no serían los alimentos de deducción previa ni tendría el alimentario acción contra los herederos.

Tal era la situación vigente antes del 6 de Noviembre de 1956. En esta fecha se promulga la ley reformatoria a varias normas del Código Civil. Entre ellas el Art. 7 que dice lo siguiente:

**"Art. 7.—Se suprime la asignación forzosa de alimentos. Los alimentarios no descendientes ni ascendientes que gocen de pensión en vida del causante, tendrán acción contra los herederos los cuales serán solidariamente responsables para el pago de la pensión alimenticia. Esta podrá disminuir o extinguirse de acuerdo con las reglas generales, pero no podrá ser aumentada .**



**"El heredero o herederos que, en virtud de la solidaridad, pague más de lo que corresponda, de acuerdo con su cuota hereditaria, tendrá acción contra los otros herederos, por la diferencia, de acuerdo con las normas sobre pago de tales deudas hereditarias".**

La ley reformativa fué propuesta por mí al Congreso Nacional. Contenía varias otras normas que fueron desechadas, especialmente algunas que solucionaban las contradicciones evidentes entre normas de la sucesión intestada y las de las legítimas, en lo que respecta al cónyuge sobreviviente. Difícilmente fué posible obtener del Congreso Nacional la aprobación de los artículos que constan en la ley reformativa indicada. Por ahora vamos a limitarnos al estudio del artículo transcrito.

La reforma es trascendental, en el principio jurídico que la informa y en sus consecuencias. Elimina en gran parte, si no en su totalidad, los graves problemas que quedan anteriormente planteados. En adelante la prestación de alimentos no es ya asignación forzosa que grava la masa hereditaria como si se tratara de un derecho real, sino que es simplemente un derecho personal del alimentario. Quedan suprimidos los irresolubles problemas de la cantidad o cantidades que deben restarse del acervo de bienes para constituir el acervo líquido. Para formar éste ya no es menester realizar sino las deducciones concretas de deudas hereditarias, costas de apertura de sucesión e inventarios y porción conyugal en el caso de que no haya descendientes legítimos. La prestación alimenticia pasa a ser una especie de deuda hereditaria de carácter privilegiado porque tiene en su favor la solidaridad de todos los herederos para pagarla.

En el artículo que comentamos se excluye de prestación alimenticia los descendientes y los ascendientes, porque, respecto a ellos, como lo hemos demostrado anteriormente, o son herederos y reciben todos o una parte de los bienes sucesorios o, en caso contrario, tienen en su beneficio las prescripciones comunes que regula la prestación de alimentos, prescripciones comunes que ya quedan examinadas. Si el ascendiente no es heredero, el descendiente que lo es se halla obligado a la prestación de alimentos sin necesidad de que exista la asignación forzosa ni tampoco el crédito hereditario establecido por la nueva ley.



Se exige además que el alimentario haya ejercido su derecho en vida del causante y que éste haya suministrado la pensión de alimentos, en otros términos, que el derecho a alimentos haya sido establecido antes de la muerte del causante. Se eliminan de esta manera los problemas planteados por los comentadores dentro de la legislación anterior para dilucidar si se debía también la pensión de alimentos como asignación forzosa aun en el caso de que la prestación no se hubiera hecho en vida del causante. Había doctrinas en sentido afirmativo, lo cual creaba graves problemas a los herederos quienes podían verse obligados a una prestación alimenticia por acciones posteriores a la muerte del de cujus. En adelante, fijada ya la pensión antes de la apertura de la sucesión, el alimentario seguirá gozando de ella; pero si la pensión no fué fijada, si el alimentario "no estuvo en goce de ella", no podrá reclamar nada de los herederos. Solamente los alimentarios en goce de pensión tienen derecho.

Evidentemente se trata de los alimentarios que de acuerdo con la ley tienen derecho a alimentos y que se hallan taxativamente señalados en el Art. 355 del Código. De esos alimentarios hay que prescindir de los descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos, pues la ley reformatoria no hace distinción alguna. Respecto al cónyuge sobreviviente, ya sabemos que tiene derecho a gananciales, de haberlos o a porción conyugal, de manera que tiene derecho sustantivo a los bienes de la sociedad conyugal o a los bienes hereditarios, y no necesita, en consecuencia, el amparo de los alimentos. Teóricamente, si en vida del causante gozó de pensión alimenticia, podría continuar haciendo uso de ese derecho; mas, prácticamente, ello no tendría sentido porque al recibir gananciales o porción conyugal o herencia testamentaria o abintestada, la razón de ser de la pensión alimenticia desaparecería, como vamos a verlo más adelante.

Los otros casos de alimentos legales se aplican a los hermanos legítimos, al donante de donación cuantiosa y al exclaustro que no ha sido restituído en sus bienes.

Respecto a cada uno de ellos, es posible el caso de que hayan gozado de pensión alimenticia en vida del causante y es justo que, fallecido éste continúen percibiendo esas pensiones, que serán a cargo de los herederos. Respecto a ellos, en ocasiones, no ocurrirá que sean a la vez herederos del difunto y que, por serlo, no necesiten alimentos; lo normal se-



rá que los herederos sean descendientes, ascendientes o cónyuge. La ley reformatoria garantiza, en consecuencia, el que sigan percibiendo la pensión de que gozaba. Anotemos, en fin, respecto al exclaustrado que la norma tiene solamente un valor transitorio, ya que fué abolida la muerte civil en 1936. Habrá, quizá, unos pocos casos de exclaustrados que perciban aun alimentos de parte de quienes, por su muerte civil, recibieron sus bienes. En verdad, estimo que es una norma ya caduca y que podría suprimirse del texto del Código.

No se aplica, en consecuencia, la prestación alimenticia a personas que hayan gozado de alimentos voluntarios porque así lo quiso el causante. Fallecido éste, los alimentarios de esa clase dejan de tener derecho alguno para que la pensión continúe. El sentido claro de la ley reformatoria es el de reemplazar la asignación forzosa del Código con un derecho de crédito, y, por tanto, no puede comprender a quienes perciban alimentos voluntarios. Salvo, naturalmente, el caso de que el alimentante en su testamento disponga que los alimentos continúen. Habrá que atenerse a la voluntad del causante en la cuota de bienes de los cuales puede disponer a su arbitrio, sin menoscabo del derecho de los legitimarios. Se trata de prestación de alimentos sujeta a principios del todo diversos de los que reglan los alimentos legales forzosos.

Se establece en la norma que los alimentarios tendrán acción solidaria contra los herederos. De manera que el alimentario puede ejercer su acción contra todos los herederos o contra cualquiera de ellos por la totalidad de la pensión. De esta manera tiene una garantía mayor que en el antiguo derecho de que su pensión será pagada. Antes no se establecía la solidaridad, sino el gravamen a la "masa hereditaria", concepto ambiguo y que en la práctica crecía de suficiente eficacia.

La segunda parte del inciso primero resuelve también un problema antes controvertido. Se decide que la pensión alimenticia podrá disminuir o extinguirse de acuerdo con las reglas generales; pero no podrá ser aumentada. Cabía antes la duda de que si el alimentario requería un aumento de pensión sería o no procedente el que los herederos del alimentante satisficieran esa exigencia.

La ley reformatoria niega esa posibilidad porque el derecho al aumento podía existir en vida del alimentante y no después de su muerte, ya que ello sería transferir una obli-



gación personal del causante a sus herederos sin razón alguna para ello. Por el contrario, si las necesidades del alimentario son menores o desaparecen, supongamos por la adquisición de bienes o por ejercer un empleo remunerado, en tal caso, la obligación de los herederos disminuye o desaparece. Y si ocurre lo último, aunque con posterioridad el alimentario caiga en pobreza, no tendrá derecho a que la pensión alimenticia se restablezca: ella habrá desaparecido definitivamente.

Por último, la reforma dispone que, si en virtud de la solidaridad, alguno de los herederos pagare más de lo que corresponde de acuerdo con su cuota hereditaria, tendrá derecho de reclamar la diferencia a los otros herederos.

Se establece un principio igual al pago de las deudas hereditarias, las cuales se reparten entre los herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias, de modo que el heredero del tercio por ejemplo, solamente tiene que pagar el tercio.

Y si por alguna razón, solidaridad convencional o legal, hipoteca, etc., se ve obligado a pagar más, tiene acción por el exceso contra los coherederos.

Como, en el caso en estudio, se establece la solidaridad, y es posible que el alimentario prefiera dirigirse contra uno solo de los herederos, éste tendrá el mismo derecho indicado contra sus coherederos. La reforma legal, por las consideraciones anteriores, parece oportuna y eficaz; resuelve insolubles y oscuros problemas de la legislación anterior, como lo hemos demostrado.

## LA PORCION CONYUGAL

Los antecedentes de la institución denominada porción conyugal son variados y contradictorios. La materia está ligada íntimamente con la cuestión más amplia de los derechos del cónyuge sobreviviente a la sucesión de su marido o mujer. La sucesión hereditaria, hemos manifestado, tiene como uno de sus fundamentos esenciales, las relaciones de parentesco y, por lo mismo, está contra ese principio el reconocer algún derecho al cónyuge sobreviviente, como tal, es decir como persona que, en general no tiene relación alguna de sangre con el otro cónyuge. Parece lógico, en consecuencia, negarle todo derecho a la sucesión intestada y, consecuente-



mente, negárselo también a la asignación forzosa llamada porción conyugal. Las asignaciones forzosas, en el fondo, no son sino asignaciones legales, ab-intestato, puesto que disponga lo que quiera el testador, han de cumplirse, o sea que es lo mismo que si no hubiera testamento, en cuanto a ellas. Por eso dice el Código que las asignaciones testamentarias se suplen cuando el testador guarda silencio, y que se imponen, mediante la acción de reforma del testamento, cuando el testador pretende desconocerlas. Pero como existe también el principio de la copropiedad familiar y de los deberes del cónyuge con respecto al otro cónyuge y a sus hijos, y como es evidente que la seguridad del hogar y de la familia contribuyen a la adquisición de bienes, no puede negarse, en este otro aspecto, la función y los derechos del cónyuge sobreviviente.

Estos dos principios son opuestos y en las legislaciones antiguas y modernas prevalece uno u otro. Ya dijimos que en la Ley de las Doce Tablas y en las Legislaciones de procedencia sajona no hay la institución de las asignaciones forzosas, y, por tanto, no hay tampoco porción conyugal. En el Derecho Romano posterior a la Ley de las Doce Tablas, en la Novela 117, se creó la porción destinada al cónyuge sobreviviente fijándola en la cuarta parte en propiedad cuando no había descendientes y en usufructo cuando los había. En el Derecho portugués y en el francés, el cónyuge tiene solamente derecho de alimentos; en Italia y en España se les reconoce una cuota de bienes en usufructo; en Alemania, Suiza y otros países se le entrega una cuota en propiedad. El principio al cual obedece el reconocerle bienes solamente en usufructo es el de evitar que ellos pasen a otra familia, pues, terminado el usufructo, vuelven los bienes a la parentela consanguínea.

Antes de pasar adelante, conviene determinar con claridad los diversos derechos del cónyuge sobreviviente, cuando fallece el otro cónyuge. Esos derechos pueden ser los siguientes: derecho a gananciales; a sucesión intestada, a sucesión testada a la porción conyugal y, lógicamente, a los bienes propios. Por el hecho del matrimonio se contrae la sociedad de bienes llamada sociedad conyugal, y a esa sociedad ingresan los bienes muebles de ambos cónyuges y los bienes inmuebles que ellos aportan, siempre que ello conste de escritura pública. No forman parte de la sociedad conyugal, y quedan en



poder de cada cónyuge o le pertenecen exclusivamente, los bienes inmuebles que tuvo antes de casarse y que no fueron aportados al matrimonio y los bienes adquiridos durante matrimonio a título gratuito, por ejemplo, por donación, herencia o legado. Cuando el matrimonio se disuelve, cada cónyuge o sus herederos tiene derecho a que se le entreguen sus bienes propios y los precios, saldos y recompensas que constituyen el resto de su haber. Hecha esa entrega, puede quedar, y generalmente queda, un resto de bienes líquidos, descontadas ya las deudas de la sociedad conyugal, bienes líquidos que se llaman gananciales, y de los cuales la mitad corresponde al un cónyuge y la mitad al otro. La entrega y reparto de bienes se llama liquidación de la sociedad conyugal. Los bienes que recibe el cónyuge por ser propios o constituir su haber, y los bienes que recibe en calidad de gananciales provienen de un derecho personal en el primer caso y de un derecho social —de socio— en el segundo. No son, pues, derechos en la sucesión del difunto. A lo más, en lo que respecta a gananciales, podría decirse que es un derecho EN LA SUCESION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

El cónyuge sobreviviente, puede ser también heredero en sucesión intestada. Actualmente, solamente los hijos legítimos excluyen al cónyuge. De no haberlos, el cónyuge toma parte en la sucesión de su marido o mujer, en concurrencia de los descendientes ilegítimos y los ascendientes legítimos o padres ilegítimos. El cónyuge, así, excluye a los demás parientes del causante inclusive a los hermanos legítimos o ilegítimos. El Código vigente, coloca pues, al cónyuge en el segundo orden de sucesión intestada.

No siempre ha sido así. Limitando nuestro estudio a nuestro derecho y a su antecedente, el Proyecto de Bello, tenemos lo siguiente:

Proyecto de Bello 1841-45.—En sucesión intestada el cónyuge es excluido por los descendientes y ascendientes legítimos y por los hermanos legítimos. Concorre con los demás colaterales como si fuera uno de ellos. No concorre tampoco con los hijos naturales de la mujer ni con la madre natural del marido; pero sí con los hijos naturales del marido y con los hermanos naturales del causante.

Proyecto de 1846-47.—Los descendientes y ascendientes legítimos excluyen al cónyuge; pero no los hermanos ni



los demás colaterales con los cuales concurre. Los hijos naturales y la madre natural excluyen al cónyuge.

Proyecto de 1853.—El cónyuge es excluido por los descendientes, ascendientes y por todos los colaterales. Solamente en falta de ellos tiene derecho a la sucesión intestada.

Este último Proyecto fué el considerado y aprobado con modificaciones por el Congreso de Chile, y tales son los antecedentes de nuestro Código Civil. Mediante la legislación indicada no tenían lugar los graves problemas que posteriormente se suscitaron. No había especialmente la contradicción palmaria e irreductible entre las normas de la sucesión intestada y las normas de las asignaciones forzosas llamadas legítimas. Por ahora tenemos que prescindir de examinar a fondo este problema, y nos limitamos a examinar la situación del cónyuge en el anterior Código Civil y en el actual.

En la edición de 1930 la sucesión intestada en beneficio del cónyuge estaba reglada así:

Los hijos legítimos excluían a todos los demás herederos inclusive al cónyuge. En falta de hijos legítimos, el segundo orden de sucesión intestada lo formaban los ascendientes legítimos, el cónyuge y los hijos naturales. La herencia se dividía en cinco partes: tres para los ascendientes, una para el cónyuge y una para los hijos naturales. En falta de ascendientes legítimos, el tercer orden de sucesión lo formaban los hijos naturales, los hermanos legítimos y el cónyuge. Una parte recibía el cónyuge, otra los hermanos y dos partes los hijos naturales. El cónyuge intervenía también en el cuarto orden de sucesión formado por el cónyuge sobreviviente y por los hijos naturales; la mitad en tal caso correspondía al cónyuge y la otra mitad a los hijos naturales.

El Código fué reformado por leyes promulgadas en 1935, y la situación en el Código vigente, edición de 1950, es la siguiente:

El cónyuge es excluido por los hijos legítimos ya estén solos, ya en concurrencia con hijos ilegítimos. Si no hay hijos legítimos el segundo orden de sucesión intestada lo forman los ascendientes legítimos o padres ilegítimos, el cónyuge y los hijos ilegítimos (llamados naturales en la antigua legislación). La herencia se divide en tres partes iguales para cada clase de los asignatarios indicados. El cónyuge pues, excluye a los hermanos legítimos e ilegítimos y a los demás colaterales del causante. Por lo mismo, si no hay ascendien-



tes ni hijos ilegítimos (personalmente o representados) sino solamente cónyuge, éste recibirá los bienes del causante con exclusión, como queda dicho, de los hermanos y demás colaterales. De donde resulta que en la legislación vigente el cónyuge concurre con igualdad de derechos con legitimarios (hijos ilegítimos, ascendientes legítimos y padres ilegítimos). Y entonces surgen los problemas respecto a los hijos ilegítimos, personalmente o representados, porque ellos, de acuerdo con las normas de las asignaciones forzosas, tienen derecho a la mitad de los bienes a título de legítimas y a la cuarta parte a título de mejoras. De manera que no se ve cómo pueda cumplirse con la orden imperativa de la ley de entregar a esos descendientes los tres cuartos de sus bienes y entregar la mitad de los mismos al cónyuge sobreviviente, de acuerdo con las normas de la sucesión intestada. Respecto a los ascendientes, ellos tienen derecho a la mitad como asignación forzosa de legítimas, y si el testador no dispone del resto, ese resto incrementa la mitad legitimaria para hacerse legítima efectiva destinada UNICAMENTE A LOS LEGITIMARIOS, y como el cónyuge no lo es, no tendría derecho a nada. Y a la vez tiene derecho a la mitad por prescripción legal expresa de la sucesión intestada. Alguna vez habrá que poner remedio a esto. Quise hacerlo mediante una reforma sugerida al Congreso Nacional en el sentido de que el cónyuge no tenga derecho a sucesión intestada cuando hay descendientes o ascendientes, pero el Congreso consideró "audaz" la reforma y no quiso substanciarla.

De modo que, el cónyuge sobreviviente, tiene derecho a la sucesión del difunto en sucesión intestada en el segundo orden de la misma: en concurrencia con ascendientes legítimos, padres ilegítimos e hijos ilegítimos.

Por último, el cónyuge puede tener un derecho a la sucesión del causante proveniente del testamento del mismo. Si no hay legitimarios, el causante puede disponer que todos sus bienes sean para el cónyuge. Si hay legitimarios puede disponer de la cuota de libre disposición que será la mitad de los bienes cuando no hay descendientes o la cuarta parte de los mismos cuando los hay. Y las asignaciones puede hacerlas el testador a título universal o a título singular.

Por último, el cónyuge tiene o puede tener derecho a porción conyugal, materia de nuestro estudio. Es menester distinguir este título de los otros en forma clara y precisa. La



porción conyugal no es derecho proveniente del testamento del causante, ni es derecho a sucesión intestada, ni a gananciales ni a bienes propios o a saldos y recompensas provenientes de la sociedad conyugal. La porción conyugal es "asignación forzosa" con substantividad y características específicas, diversas de los demás derechos y títulos del cónyuge sobreviviente. Vamos a verlo:

**Art. 1229.—Porción conyugal es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación.**

**Proyecto de Bello:**

**Art. 1332. —La porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación.**

De acuerdo con la norma transcrita, la porción conyugal es una cuota del patrimonio. Por tanto, es una asignación legal a título universal porque el asignatario a título universal es el que sucede en todos los bienes del difunto o en una cuota de los mismos. Consecuentemente, el cónyuge es heredero porque el asignatario de esa clase se denomina heredero. Y si lo es, sucede en una cuota que comprende el activo y el pasivo de los bienes. El cónyuge, debe responder de las deudas hereditarias y cargas testamentarias exactamente en la misma forma que los herederos. Y sin embargo no es así, como lo veremos: el cónyuge es considerado como "legatario" y tiene la responsabilidad subsidiaria de los legatarios. ¿Por qué? Simplemente porque en el Proyecto de Bello el cónyuge tenía derecho solamente a una cuota de los bienes del difunto, "existentes" a la fecha de la muerte, y no a los bienes que sobrevivieran y se agregaran a esos bienes "existentes". Por lo mismo la cuota no se tomaba del patrimonio real, total, sino solamente del patrimonio conocido "existente". Modificado el sistema debió modificarse la calidad jurídica y no se lo hizo, por respeto seguramente al texto original de Proyecto. Y se mantuvo el absurdo de calificar de legatario a quien, realmente, lógicamente, es heredero del causante.



Como quiera que sea "la cuota" que se asigna al cónyuge no es incondicional, de acuerdo con el artículo. La asignación se la hace en beneficio del cónyuge que "carece de lo necesario para su congrua sustentación". De manera que si tiene lo necesario para sostenerse o más de lo necesario, la consecuencia debiera ser la de que no hay porción conyugal. La porción conyugal vendría a ser, así, una cuota destinada al pago de alimentos del cónyuge, sólo que es dada de una sola vez y no por mensualidades o periódicamente. Pero resulta que tampoco esto es cierto. La definición de Bello es la más desacertada y confusa de cuantas trae el Código Civil. El cónyuge sobreviviente puede tener más de lo necesario para su congrua sustentación y sin embargo es posible que haya porción conyugal. En otros términos, nada tiene que ver el concepto alimenticio para determinar esa porción. Más bien trae graves confusiones el sentar como base de la porción conyugal, la necesidad de dar alimentos. Los principios que reglan la prestación alimenticia, en nada se aplican a la porción conyugal.

Se trata de otra cosa. La porción conyugal ya determinada nominalmente no es entregada al cónyuge sino previa deducción de sus otros bienes y derechos. Lo que no ocurre en ninguna otra legislación, y por eso los comentadores hablan reiteradamente de la originalidad de Bello en esta materia. Claro que hay originalidad; pero es originalidad nada digna de aplauso, porque la confusión y los problemas que plantea son graves e irresolubles. En resumen, la definición es falsa, imprecisa y equívoca. Era mejor prescindir de ella y atenerse al aforismo romano de que toda definición en derecho es peligrosa. Y no sólo en derecho sino en todas las cosas y en todos los conocimientos humanos. Definir es traducir la esencia y el ser de lo definido, y la esencia y el ser están siempre más allá de los conocimientos humanos. Lo que conocemos son apariencias, cualidades, superficies de las cosas y de los fenómenos. Si conociéramos su esencia, la esencia de lo más pequeño, de una célula, de un átomo, de un grano de arena, ya tendríamos el secreto del universo y el secreto de Dios.

**Art. 1230.—El derecho se entenderá existir al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge, y no caducará en todo o parte por la adquisición de bienes que posteriormente hiciere el cónyuge sobreviviente.**



**Art. 1231.—El cónyuge sobreviviente que, al tiempo de fallecer el otro cónyuge, no tuvo derecho a la porción conyugal, no la adquirirá después por el hecho de caer en pobreza.**

**Proyecto de Bello:**

**Art. 1334.—El derecho se entenderá existir al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge, y no caducará en todo o parte por la adquisición de bienes que posteriormente hiciere el cónyuge sobreviviente.**

**Art. 1335.—El cónyuge sobreviviente que al tiempo de fallecer el otro cónyuge no tuvo derecho a porción conyugal, no la adquirirá después por el hecho de caer en pobreza; pero tendrá derecho a alimentos.**

Al tiempo del fallecimiento del causante se producen los fenómenos jurídicos de la apertura de la sucesión y de la delación de las asignaciones. En ese instante el patrimonio del difunto se convierte en herencia, y automáticamente la ley llama a los herederos y legatarios a aceptar o a repudiar sus asignaciones. Y el derecho de los asignatarios queda también fijado en ese momento, salvo que el llamamiento sea condicional o salvo que la asignación sea repudiada. Quien no tiene derecho a la asignación en el instante del fallecimiento del de cujus no puede adquirirlo después. Los casos de substitución, representación o acrecimiento no constituyen excepciones en el fondo porque cuando se producen por eventos posteriores a la muerte del causante, el derecho se retrotrae a la fecha de esa muerte. Y quien tiene derecho en esa fecha a una asignación no lo pierde por sucesos posteriores independientes de su voluntad. Aún la repudiación no altera el sistema, pues, ella tiene también efecto retroactivo y es como si el asignatario nunca hubiera adquirido derecho alguno.

El artículo repite el mismo principio. El cónyuge sobreviviente que tiene derecho a porción conyugal al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge, conserva su derecho y nada importa que posteriormente, adquiera bienes. Y así mismo, si no tuvo derecho, no lo adquiere porque después caiga en



pobreza. Los artículos, propiamente son inútiles, desde luego que son solamente corolarios de principios de derecho sucesorio ya conocidos y establecidos antes por el Código. El legislador insiste en esos principios para que desaparezca el error fundamental del Art. 1229, en el cual afirmó que la porción conyugal es una especie de porción destinada a alimentos congruos. Como incurrió en ese error, tuvo que explicar en los dos artículos siguientes que no se trata de alimentos sino de un derecho independiente; que por lo mismo, el derecho se fija en el instante de la muerte; y que, mientras para el derecho alimenticio ha de atenderse a los eventos y circunstancias económicas del alimentario, para la porción conyugal nada importa la variación de esas circunstancias. En efecto, si un alimentario en goce de pensión obtiene empleo o recibe herencia, la pensión de alimentos desaparecería. Y si un hijo rico que, por serlo, no tiene derecho a alimentos, cae en pobreza adquirirá ese derecho. Y así sucesivamente. Mientras que, cuando de porción conyugal se trata, el cambio en la situación económica del cónyuge sobreviviente ninguna importancia tiene. Es menester conocer solamente esa situación en el instante del fallecimiento del otro cónyuge. Si en ese instante posee bienes, la porción conyugal puede desaparecer o ser menor de la cuota señalada. Si no tiene bienes o los tiene reducidos, la porción conyugal será íntegra o se integrará con los bienes poseídos por el cónyuge, como vamos a verlo. Bello en el caso de que el cónyuge, sin derecho a porción conyugal, cayera en pobreza, le reconocía simplemente el derecho de alimentos, lo cual es otra cosa.

**Art. 1232.—Si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento, a título de porción conyugal.**

**Se imputará, por tanto, a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquiera otro título en la sucesión del difunto, inclusa su mitad de gananciales, si no la renunciare.**

**Proyecto de Bello:**

**Art. 1337.—Si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porción conyugal,**



**sólo tendrá derecho al complemento a título de porción conyugal.**

**Art. 1338.—Se imputará a la porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviere derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto, incluso su mitad de gananciales, si no la renunciare.**

Hasta aquí casi no hemos tenido dificultades de importancia. Nos hemos limitado a aclarar varios conceptos jurídicos, los mismos que admiten una explicación satisfactoria. Los problemas comienzan con el artículo que comentamos y con los demás. En presencia de esos problemas habría sido de desear que no hubiera existido la "originalidad" por la cual los jurisconsultos exaltan al autor del Proyecto de Código, acogido por el legislador chileno.

El sistema es el siguiente:

Determinada numéricamente la cuantía de la porción conyugal, de acuerdo con las prescripciones del Art. 1234, ha de averiguarse y determinarse, de acuerdo con el inciso primero de la norma que comentamos, la cuantía de los bienes del cónyuge sobreviviente, y esa cuantía ha de disminuirse de la porción conyugal teórica. La diferencia, o sea el complemento, constituye porción conyugal, es porción conyugal. De manera que si la porción conyugal íntegra vale, supongamos cuarenta mil sucres, y el cónyuge tiene bienes por valor de diez mil sucres, esta suma se disminuye de aquélla, y la porción conyugal efectiva es de treinta mil sucres, ya no de cuarenta mil.

La cuestión sería sencilla, una mera cuestión aritmética, y solamente requeriría el comentario favorable o desfavorable sobre el procedimiento dispuesto por la ley. Podría decirse que ella es mezquina al exigir la imputación indicada, y que sería mejor señalar un derecho fijo, así fuera menor, al cónyuge sobreviviente. En definitiva, proceder como otras legislaciones que le reconocen una cuota en propiedad o en usufructo, sin entrar en otras averiguaciones sobre bienes propios. El propósito de Bello debió estar determinado por el concepto de "congrua alimentación" expresado como definidor de la porción conyugal. Si ésta se da al cónyuge que carece de lo necesario para esa alimentación congrua, parece lógico que si tiene otros bienes, no se le dé porción conyugal sino en la medida que falte para llenar la cuantía de la mis-



ma con bienes del cónyuge. Hemos demostrado ya que la definición es falsa y que, en verdad, no se trata de alimentos, sino de otra institución jurídica. Por lo mismo, carece de base el sistema de imputaciones exigido por el artículo en estudio.

Pero, aparte de la crítica de fundamentos, el artículo no debería traer problemas. Simplemente se trataría de una operación de resta de bienes que se deducen de la porción conyugal teórica. Y no es así como vamos a verlo.

Los comentadores distinguen entre bienes propios del cónyuge, bienes que le corresponde como gananciales y bienes que provienen de la misma sucesión del cónyuge difunto. No encuentran dificultades cuando se trata de bienes propios. Simplemente los restan y declaran que la porción conyugal es la diferencia, como en el ejemplo ya propuesto. Sabemos, ya, por el estudio hecho sobre los derechos del cónyuge, que éste puede tener varios títulos y varios derechos. Sabemos que esos derechos y títulos en definitiva son los siguientes: bienes propios entre los que se encuentran los saldos y recompensas a que tenga derecho en la sociedad conyugal; gananciales en la misma; derechos de sucesión testada o intestada, y porción conyugal.

Excluimos, pues, sin mayor comentario el caso de los bienes propios, cuyo origen ya lo hemos estudiado. Hacemos, al respecto, simplemente la operación aritmética de resta y llamamos porción conyugal a la diferencia. Esa diferencia será de deducción previa para la formación de acervo líquido cuando no hay descendientes legítimos, o los deduciremos de la mitad legitimaria cuando los hay. Y hecha la deducción procederemos a cumplir con las disposiciones del testador o de la ley. De los ahorros hechos a la porción conyugal se aprovechará el acervo líquido o la mitad legitimaria que serán mayores, que en el caso de que se hubiera deducido íntegramente la porción conyugal. Así, en un acervo de ciento sesenta mil sucres en que no hay descendientes legítimos, la porción conyugal, que es la cuarta parte de los bienes, vale cuarenta mil sucres. Si el cónyuge tiene bienes propios que valen diez mil sucres, la porción conyugal es treinta mil sucres, el complemento, y el acervo líquido será de ciento treinta mil sucres, en vez de ciento veinte, como habría sido deduciendo íntegramente los cuarenta mil sucres.

No hay, pues, problema en este aspecto.



Si el cónyuge no tiene bienes propios sino los otros derechos apuntados, —derechos sucesorios, derechos de gananciales— la solución debiera ser la misma. Si los diez mil sucres no son bienes propios sino que es un legado hecho por el cónyuge fallecido, debiera como antes, restarse esos diez mil sucres de los cuarenta mil y la porción conyugal sería de treinta mil sucres.

Pero los comentadores, entre ellos un ilustre jurisconsulto ecuatoriano, el doctor Alberto Gómez Jaramillo, sostienen que en tal caso el legado se imputa a porción conyugal y por tanto, es porción conyugal, de tal manera que en el ejemplo propuesto subsiste el rubro de cuarenta mil sucres que habrá que deducir para la formación del acervo líquido.

Antes de pasar adelante, tenemos que rectificar la forma empleada por el inciso segundo del artículo que comentamos. Dice él que se imputará "por tanto" a porción conyugal todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviera derecho a percibir a cualquier otro título en la sucesión del difunto "incluso su mitad de gananciales" si no la renunciare. De esta manera se considera que el derecho a gananciales es derecho en la sucesión del difunto, lo cual es un absurdo jurídico, pues el derecho a gananciales lo es en la sucesión de la sociedad conyugal y el cónyuge lo recibe, no a título de asignación sucesoria, sino a título de socio.

Notemos que el inciso segundo no es sino corolario o aplicación del inciso primero. De acuerdo con éste, la porción conyugal es el complemento. Luego, de acuerdo con el inciso segundo, o "por tanto", empleando la misma expresión legal, el derecho a gananciales o el derecho sucesorio debe restarse de la porción conyugal teórica, y solamente el complemento debe ser porción conyugal. Los comentadores discrepan de este criterio, como queda expuesto, y sostienen que se mantiene íntegra la cuantía de la porción conyugal. Sostienen además, que cuando se trata de un derecho sucesorio a título universal, la asignación es inútil a menos que exceda de la cuantía de la porción conyugal, pues si no excede, la asignación, por imputarse a porción conyugal, es porción conyugal.

Veamos algunos ejemplos que aclaren la cuestión:

a).—Supongamos que el acervo después de las tres primeras deducciones señaladas por el Art. 1021 vale cuarenta mil sucres y que solamente hay ascendientes legítimos. El



testador ha hecho un legado al cónyuge de ocho mil sucres en dinero.

El doctor Gómez Jaramillo y otros proceden en la siguiente forma: Porción conyugal es la cuarta parte de los bienes, por tanto diez mil sucres. A esa porción se imputa el legado y por lo mismo de imputarse, el legado no tiene ya el carácter de tal, sino el carácter y calidad de porción conyugal, y en consecuencia, deben deducirse diez mil sucres completos del acervo, de manera que éste, hecha la deducción queda en treinta mil sucres de los cuales la mitad se destina a legítimas y la mitad a libre disposición, quince mil sucres para cada uno de estos objetivos.

b).—Si suponemos que existen tres hijos legítimos y que el acervo líquido es de ochenta mil sucres y que el legado al cónyuge es de veinte mil sucres, tendríamos de acuerdo con los mismos comentadores, lo siguiente:

La mitad para legítimas vale cuarenta mil sucres. La porción conyugal que se toma de esa mitad legitimaria vale diez mil sucres. Las cuartas de mejoras y de libre disposición importan veinte mil sucres cada una. El legado al cónyuge ha de imputarse en la cuantía respectiva, diez mil sucres, a porción conyugal y por tanto es porción conyugal. En consecuencia hay que restar diez mil sucres de la mitad legitimaria, la cual queda reducida a treinta mil sucres destinados a los tres hijos legítimos. A ellos se les paga también la cuarta de mejoras. Y de la cuarta de libre disposición el testador dispone a su arbitrio.

El procedimiento que propugno en cada uno de los casos citados es el siguiente:

En el caso a) el legado al cónyuge constituye un derecho, un bien del mismo y por lo tanto sólo tiene derecho al complemento a título de porción conyugal, tal como lo dice el inciso primero del artículo que comentamos. En consecuencia, como la porción conyugal es diez mil sucres y el legado es de ocho mil sucres, la porción conyugal vale dos mil sucres solamente, y sólo dos mil sucres hay que deducir del acervo, el mismo que será, por tanto, de treinta y ocho mil sucres. La mitad para legítimas destinadas a los ascendientes, diez y nueve mil sucres, y la mitad para libre disposición de la cual se toman los ocho mil sucres legados al cónyuge. En tal caso los legitimarios ascendientes, en vez de recibir



quince mil sucres como en el caso a) recibirán diez y nueve mil sucres.

En el caso b) la porción conyugal es de diez mil sucres; pero como el legado vale veinte, es decir más que la porción conyugal, ésta desaparece; el cónyuge no tiene derecho a ella. En consecuencia nada hay que disminuir de la mitad legitimaria destinada a los hijos, y ellos la reciben íntegra: cuarenta mil sucres en vez de treinta mil. Al cónyuge se le pagan sus veinte mil sucres íntegros tomándolos de la cuarta de libre disposición.

Las dos soluciones últimas parecen más fundadas en derecho. El único argumento de los comentadores que propugnan las soluciones a) y b) se basa en el sentido de la palabra imputación. Pero imputar es sólo tomar en cuenta, por una parte; y por otra el texto claro del inciso primero del artículo que comentamos dispone que sólo el exceso del derecho que ya tiene el cónyuge, es porción conyugal; "el complemento" es porción conyugal. Y el segundo inciso, ya lo hemos dicho, es un corolario del primero en el fondo y en la forma de redacción ya que emplea la frase "por tanto". El pensamiento de Bello es, en ambos casos, el que el cónyuge sobreviviente no tenga como porción conyugal sino el exceso de los bienes y derechos que posee a cualquier título, ya como bienes propios, ya por gananciales, ya por derechos sucesorios. Si los gananciales son como ocho y la porción conyugal es como diez, solamente dos, o sea el complemento es porción conyugal. Y lo mismo hay que decir si el cónyuge tiene esos ocho como legado o como herencia. Solución tanto más aceptable cuanto que ella beneficia a quien debe beneficiar, a los legitimarios, como lo hemos demostrado.

Por otra parte, los Arts. 1241 y 1246 corroboran y completan la demostración de la solución propuesta. Tales normas dicen lo siguiente:

**"Art. 1241.—Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables o irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega, y las deducciones que, según el Art. 1232, se hagan a la porción conyugal.**



**"Las cuartas antedichas se refieren a este acervo imaginario".**

**Art. 1246.—Si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima, por incapacidad, indignidad, o desheredación, o porque la ha repudiado y no tiene descendencia con derecho de representarle, dicho todo o parte se agregará a la mitad legitimaria, y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los otros y la porción conyugal en el caso del Art. 1234, inciso 2°.**

**Volverán de la misma manera a la mitad legitimaria las deducciones que, según el Art. 1232, se hagan a la porción conyugal en el caso antedicho".**

Para determinar la cuantía de las legítimas y de las mejoras de acuerdo con el Art. 1241, es menester sumar al acervo las donaciones revocables e irrevocables que se indican, y hay que sumar también o "acumular" LAS DEDUCCIONES QUE SEGUN EL ART. 1232 SE HAGAN A LA PORCION CONYUGAL. No se dice que se acumulen las deducciones provenientes de bienes propios del cónyuge solamente; se dice, en general, las deducciones de que trata el Art. 1232, es decir las que provienen de bienes propios, de gananciales, de derechos sucesorios provenientes de cualquier título. De modo que si el derecho de gananciales, o el legado, o la asignación a título universal vale ocho y la porción conyugal es diez, la deducción es la primera cantidad, y ella, es decir ocho, ha de sumarse al acervo líquido para el cómputo de las legítimas y de las mejoras. Exactamente lo mismo previene el Art. 1246 para el caso de que la porción conyugal haya de tomarse de la mitad legitimaria, lo que ocurre cuando hay descendientes legítimos. En tal caso, las deducciones que se hagan a la porción conyugal de acuerdo con el Art. 1232, se acumulan o se suman a la mitad legitimaria. Es realmente un ahorro en beneficio del acervo líquido en el un caso, y un beneficio de las legítimas en el segundo caso.

Ambos artículos corroboran, en consecuencia nuestra tesis. Todo derecho ha de restarse de la cuantía teórica de la porción conyugal, y sólo la diferencia o complemento es realmente porción conyugal.

**"Art. 1233.—El cónyuge sobreviviente podrá a su arbitrio retener lo que posee o se le deba, renunciando**



**la porción conyugal, o pedir la porción conyugal, abandonando sus otros bienes y derechos”.**

**Proyecto de Bello:**

**No hay ninguna disposición semejante.**

Como se ve, en el proyecto de Bello nada se dice a este respecto. Es una creación, del legislador chileno. Se justifica la disposición expresando que es una garantía para el cónyuge sobreviviente, pues queda a su criterio decidir lo que más le conviene: si la porción conyugal o sus otros bienes y derechos, porque bien podría ocurrir que, por motivos de avalúo, considere que es un perjuicio aceptar la porción conyugal, o que le perjudica mantener bienes y derechos que le privan de tal porción. Es esta la explicación; pero la norma trae problemas e injusticias.

Supongamos que no hay descendientes legítimos y que el acervo después de las tres primeras deducciones vale cuarenta mil sucres. La porción conyugal teórica es de diez mil sucres que habría que deducirla para la formación del acervo líquido. Pero si el cónyuge tiene un legado por diez mil sucres, las situaciones que, de acuerdo con la norma de estudio, pueden presentarse son las siguientes:

a).—El cónyuge acepta el legado y como este vale exactamente lo mismo que la porción conyugal, no hay porción conyugal, en la tesis que hemos desarrollado anteriormente. Por tanto el acervo líquido es de cuarenta mil sucres de los cuales la mitad es para las legítimas y la otra mitad para libre disposición: los legitimarios, supongamos ascendientes legítimos, recibirán veinte mil sucres, se pagará el legado de diez mil sucres al cónyuge, y los otros diez mil sucres serán para extraños o para los objetos a que los haya destinado el testador.

b).—El cónyuge repudia el legado, y en consecuencia tiene derecho a porción conyugal íntegra la que debe deducirse para formar el acervo líquido. Este queda reducido a treinta mil sucres de los cuales quince mil son para legítimas de los ascendientes y quince mil sucres para extraños, o para lo que el testador haya dispuesto;

c).—Iguales situaciones se presentan cuando la porción conyugal no es de deducción previa sino que se toma de la



mitad legitimaria en concurrencia con los descendientes legítimos. La repudiación del legado trae el efecto de perjudicar a esos descendientes, porque la porción conyugal ha de tomarse de la mitad legitimaria que a ellos corresponde. Si acepta el legado, la mitad legitimaria queda íntegramente para los descendientes.

Es decir que, por proteger al cónyuge contra avalúos erróneos queda al arbitrio de él perjudicar a los legitimarios. Para el cónyuge, en realidad, cualquiera solución es igual, pues recibe diez mil sucres ya sea como legado ya como porción conyugal. Y los errores de avalúo no debieron decidir una solución como la constante en el artículo, pues suficientes garantías tienen los partícipes en el juicio de inventarios para que el avalúo sea correcto.

Aparte de esto, no se comprende bien, jurídicamente, en qué consiste la institución del abandono de bienes. En los ejemplos propuestos, el asunto es sencillo. Simplemente se trata de repudiar el legado o repudiar la porción conyugal. Lo mismo ocurre cuando se trata de asignaciones hereditarias testadas o intestadas: el cónyuge podrá repudiarlas. Pero si se trata de bienes propios del cónyuge, supongamos una casa o una hacienda, de acuerdo con el artículo, pueden ser "abandonados" para exigir la porción conyugal. ¿Abandonados para que los haga suyos el primer ocupante? ¿Abandonados en beneficio de los herederos? Esto debe ser, naturalmente; pero no se sabe cómo se realizará el procedimiento de abandono. Suponemos que si se trata de inmuebles habrá que realizar una escritura pública y la tradición del dominio del cónyuge a los herederos. Así habrá que hacer, ante el silencio de la ley sobre el procedimiento, tan especial de abandono de bienes propios.

Además hay el problema de si esos bienes propios abandonados que se aumentan al acervo de bienes deben servir para un nuevo cálculo de la porción conyugal. Si tenemos un acervo de cuarenta mil sucres, la porción conyugal es de diez mil sucres, y el acervo líquido debe ser de treinta mil sucres. Pero como el bien abandonado vale diez mil sucres, supongamos, ese acervo es ya de cuarenta, y se trata de saber si en el incremento de diez mil debe o no tener parte el cónyuge, o sea si, aparte de los diez mil de porción conyugal habrá que darle también la cuarta parte de los diez mil abandonados, dos mil quinientos sucres. Los comentadores están de acuer-



do con que ello no es posible porque entonces el abandono sería parcial y no total. Parece una solución justa; pero podría sostenerse lo contrario ante el silencio de la ley.

El análisis precedente conduce a la conclusión de que el artículo deberá ser suprimido alguna vez, cuando el respeto al texto del Código Civil tenga menos importancia que la realidad de los hechos y el estudio sereno de los problemas jurídicos.

**"Art. 1234.—La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos. Se aplicará esta disposición aún al caso de que con los descendientes legítimos concurrieren hijos ilegítimos.**

Habiendo descendientes legítimos, el viudo o viuda serán contados entre los hijos legítimos, y recibirán como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo legítimo".

Proyecto de Bello:

**Art. 1336.—La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, existentes al tiempo de la muerte.**

Pero si el cónyuge sobreviviente concurriere con hijos legítimos del difunto, actuales o representados, la porción conyugal no podrá exceder al valor de la legítima rigurosa de un hijo.

**Art. 1340.—La porción conyugal se deducirá del cuerpo de bienes, antes de proceder a la deducción de las legítimas.**

La interpretación del artículo parece sencilla. De acuerdo con él la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes o la legítima rigurosa de un hijo legítimo. El Código distingue dos casos: el de que no haya descendientes legítimos; ya estén solos, ya acompañados de descendientes ilegítimos; y el caso en que hay descendientes legítimos. En el primer caso, la porción conyugal es la cuarta parte de los bienes, después de las tres primeras deducciones de que trata el Art.



1021, es decir costas de apertura de sucesión, gastos de enfermedad y funerales, deudas hipotecarias, e impuestos que graven la masa hereditaria, de haberlos, pues actualmente no hay esa clase de impuestos :

Si hechas esas deducciones queda un acervo de cuarenta mil sucres, la porción conyugal es de diez mil sucres. El resto o sean treinta mil sucres constituye el acervo líquido del cual dispone el testador o la ley.

Si hay descendientes legítimos, solos o con descendientes ilegítimos, entonces la porción conyugal es la legítima rigurosa de un hijo legítimo. La determinación de esa legítima rigurosa, no es ya tan sencilla. El Art. 1240 dice:

**"Art. 1240.—La mitad de los bienes, previas las deducciones y agregaciones indicadas en el Art. 1021 y las que en seguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada. Lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigurosa.**

**"No habiendo descendientes legítimos ni ilegítimos con derecho de suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio.**

**"Habiendo tales descendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; una cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos o ilegítimos, sean o no legitimarios; y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio".**

En consecuencia, las legítimas rigurosas son la mitad de los bienes sucesorios, en principio la mitad del acervo líquido. Si suponemos que éste vale cuarenta mil sucres y que hay tres hijos legítimos, la mitad legitimaria vale veinte mil sucres, y como al cónyuge sobreviviente le corresponde a título de porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo legítimo, tenemos que dividir esos veinte mil sucres para cuatro (tres hijos y el cónyuge), y entonces la legítima rigurosa de cada hijo y la porción conyugal valen cinco mil sucres. Hay autores y debo citar en esta parte al doctor Esteban Amador



Baquerizo, distinguido jurisconsulto ecuatoriano, que acepta el cálculo que precede solamente en cuanto mediante él se determina la cuantía de la porción conyugal; pero no aceptan que ella se tome de la mitad legitimaria. Según él esa mitad íntegra debe dividirse para los tres hijos a razón de seis mil seiscientos sesenta y seis sucres sesenta y seis centavos, y los cinco mil sucres de porción conyugal deben tomarse del resto de los bienes, concretamente, de libre disposición. Esta teoría es rechazada casi unánimemente porque están en contra de la letra y del espíritu de la ley, y porque resultaría que la porción conyugal es menos que la legítima rigurosa de un hijo legítimo, y la ley dispone expresamente que ha de ser igual. El Código Chileno, mediante ley reformativa de dos de abril de 1952, terminó con este problema, expresando que la porción conyugal se hará "con imputación a la mitad legitimaria". Es decir, dió la misma solución que propugnamos y que procede de la interpretación del texto y contexto de nuestras disposiciones legales.

El Art. 1240 transcrito habla de agregaciones y de deducciones. Las segundas, ya las conocemos, son las necesarias para la formación del acervo líquido. En cuanto a las agregaciones tenemos las normas de los Arts. 1241, 1242 y 1243, de acuerdo con las cuales deben agregarse al acervo líquido las donaciones revocables e irrevocables hechas en razón de legítimas o de mejoras y las deducciones que según el Art. 1232 se hagan a la porción conyugal. Es lo que se llama el acervo imaginario formado mediante la colación de las donaciones. También ha de agregarse el exceso de donaciones hechas a extraños, y aún rescindir esas donaciones cuando menoscaban las legítimas o las mejoras.

El acervo imaginario así formado es el que sirve para la determinación de la porción conyugal, materia que nos interesa dilucidar. Son dos casos diversos:

Si la porción conyugal es de deducción previa para la formación de acervo líquido, ha de tomársela del acervo de bienes después de las tres primeras deducciones del Art. 1021 ya citado. Lo que quiere decir que se la computa sobre un acervo efectivo y real de bienes dejados por el causante Y deducida ya la porción conyugal, tenemos el acervo líquido.

Como la colación de donaciones se hace al acervo líquido y, para formarlo es menester deducir previamente la por-



ción conyugal, el cónyuge está ya pagado de la misma y en nada le aprovecha la acumulación de las donaciones. Así, si suponemos un acervo efectivo de cien mil sucres, y una donación irrevocable por cien mil sucres, hecha a un legitimario, la porción conyugal es veinticinco mil sucres, y el acervo líquido será de setenta y cinco mil. A éstos es menester agregar los cien mil de la donación y de la suma, ciento setenta y cinco mil sucres, tomamos la mitad para legitimarios no descendientes legítimos y la otra mitad para libre disposición. Resulta claro que el cónyuge no tiene protección alguna por donaciones hechas por el causante a legitimarios ascendientes o hijos ilegítimos. El causante podría no dejar bienes de ninguna clase y haber hecho una donación por doscientos mil sucres. La porción conyugal sería cero y el acervo imaginario para el cómputo de legítimas sería doscientos mil sucres.

El otro caso es aquel en el cual la porción conyugal es la legítima rigurosa de un hijo legítimo. Entonces, como lo hemos visto, la porción conyugal no es de deducción previa para la formación de acervo líquido, sino que se la toma de la mitad legitimaria. Y como la mitad legitimaria se la computa sobre el acervo imaginario colacionado con donaciones, el cónyuge aprovecha de esa colación. Por ejemplo en el mismo caso de un acervo efectivo de cien mil sucres y de una donación por igual suma, si es que hay hijos legítimos, no puede deducirse la porción conyugal para la formación del acervo líquido, sino que se forma el acervo imaginario de doscientos mil sucres, de los cuales la mitad legitimaria vale cien mil sucres. Si hay un solo hijo legítimo, esa mitad legitimaria se divide entre él y el cónyuge, es decir que éste, en concepto de porción conyugal recibirá cincuenta mil sucres. Y en el segundo ejemplo en que el causante no deja nada sino sólo hay una donación de doscientos mil sucres, la porción conyugal será también de cincuenta mil sucres. De modo que cuando hay descendientes legítimos el cónyuge está protegido contra las donaciones hechas por el causante; mientras que cuando no los hay, esa protección no existe. Lo que no parece lógico ni justo.

Pudiera ser que alguno de los legitimarios descendientes no lleve su legítima rigurosa por incapacidad, indignidad, repudiación, etc. En tal caso la cantidad que le hubiera correspondido queda en la mitad legitimaria y contribuye a



formar la legítima rigurosa de los otros y la porción conyugal (Art. 1246), de manera que, el cónyuge aprovecha de las porciones legitimarias vacantes por cualquier razón. Así mismo, las deducciones que se hacen a la porción conyugal por bienes propios u otros derechos "vuelven" a la mitad legitimaria, mejor dicho queda en ella la cantidad correspondiente no pagada al cónyuge, y esa cantidad es solamente para los legitimarios. Ya hemos procurado demostrar antes, en el caso de abandono, que no cabe que el cónyuge tenga parte en los bienes que abandona. Lo mismo hay que decir de los otros ahorros. Y así si la porción conyugal es de diez y el cónyuge acepta un legado de cinco, los cinco que se ahorran aprovechan a los asignatarios de la mitad legitimaria y no al cónyuge. En definitiva, las porciones "vacantes" total o parcialmente, aprovechan "a los demás" y no a la misma persona que no tiene derecho por cualquier causa que fuere.

**"Art. 1235.—Si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto, a título de donación, herencia o legado más de lo que le corresponde a título de porción conyugal, el sobrante se imputará a la parte de los bienes de que el difunto pudo disponer a su arbitrio".**

ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

#### Proyecto de Bello:

**"Art. 1339.—Si el cónyuge sobreviviente hubiere de percibir en la sucesión del difunto a título de donación, herencia o legado más de lo que corresponde a título de porción conyugal, el sobrante se imputará a la parte de bienes de que el difunto pudo disponer a su arbitrio".**

He aquí otra norma difícil y confusa aunque parezca sencilla. Se trata del caso de que el cónyuge tenga un derecho en la sucesión del difunto superior a la cuantía de la porción conyugal. En tal caso, el exceso se imputa a la porción de la cual el causante puede disponer a su arbitrio. Si suponemos que el acervo de bienes es de ciento y que hay cuatro descendientes legítimos, la porción conyugal será de diez. La cuarta de libre disposición valdría veinticinco. Si suponemos que el testador asigna toda la cuarta de libre disposición al cónyuge, éste tendría derecho a veinticinco que



excede en quince de la porción conyugal. El artículo dice o parece decir que los diez se le entregarán como porción conyugal, y los quince que es el exceso se imputará a la parte de los bienes de que el testador pudo disponer a su arbitrio. Parecía concluyente y definitiva nuestra argumentación en el sentido de que cuando el cónyuge sobreviviente tiene bienes o derechos a cualquier título, ellos se han de deducir de la porción conyugal y que sólo el COMPLEMENTO es porción conyugal. Pero con motivo del artículo en estudio vuelve a surgir una vez más la misma cuestión y es menester examinarla otra vez. En primer lugar tenemos disposición expresa según la cual el cónyuge tiene derecho de elección: puede elegir su porción conyugal o repudiarla; puede aceptar la asignación testamentaria o repudiarla. Si repudia la porción conyugal, no se ve cómo ni a qué título pueden considerarse los diez mil sucres como porción conyugal y solamente los quince como imputables a libre disposición. Sería absurdo, puesto que repudiada la porción conyugal no puede pagársela: ella desaparece, no existe. No cabría tampoco que el cónyuge, acepte la porción conyugal y acepte, además, quince mil sucres de los veinticinco mil que le asignaron, porque hay disposición expresa según la cual no se puede aceptar una parte de la asignación y repudiar el resto (Art. 1284). De modo que contra el tenor supuesto del artículo hay disposiciones legales expresas que rechazan la interpretación. Los que han pretendido sostener la tesis de que subsiste la porción conyugal y que, por tanto, ella puede perjudicar al acervo líquido o perjudicar a las legítimas, se ven obligados a argumentar en forma especiosa y extraña. El comentarista del Código Civil Chileno, Fabres, dice así:

"Sobre la porción conyugal el propósito que ha guiado al Legislador al dictar la regla del Art. 1179, ha sido favorecer al testador para que pudiendo disponer a favor del cónyuge sobreviviente de toda la parte de libre disposición, pueda también disponer a favor de extraños de la cuantía de la porción conyugal, lo que se consigue mediante la imputación que en dicho artículo se prescribe. El Legislador ha querido que el anhelo del cónyuge testador por favorecer al sobreviviente no le disminuyese la facultad que le otorga la misma ley para disponer de sus bienes; y pues podía legítimamente dejar a su cónyuge la porción conyugal y a un extraño toda la parte de libre disposición, no debía ser el testador de peor



condición cuando dejara al cónyuge sobreviviente toda la parte de libre disposición; y como no habría podido dejar directamente a un extraño la porción conyugal, mediante la imputación establecida en el Art. 1179, se consigue el mismo fin, ya que de este modo, puede el extraño recibir una cuantía de bienes igual a la porción conyugal sin que se contraríen ni alteren la naturaleza y forma de la asignación forzosa llamada porción conyugal”.

La solución es, pues, la de que la ley faculta DEJAR LA PORCIÓN CONYUGAL A UN EXTRAÑO, de modo que éste resulta el viudo o viuda del causante, lo que es absurdo.

Veámoslo en otra forma. Ya sabemos que la porción conyugal ES EL COMPLEMENTO DE LOS BIENES Y DERECHOS QUE TIENE EL CONYUGE. De manera que tenemos lo siguiente suponiendo que la porción conyugal teórica es diez:

### Porción conyugal

10  
9  
8  
7  
6  
5  
4  
3  
2  
1  
0  
10  
10



### Asignación testamentaria o intestada

0  
1  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8  
9  
10  
11 ¡!  
12 etc. ¡!

De modo que cuando la asignación testada o intestada vale diez, ya no hay complemento y la porción conyugal es cero. Pero si la asignación testamentaria es once, doce o más, RESUCITA la porción conyugal la cual en adelante será diez y el exceso de uno, dos, etc. se imputará a libre disposición. Absurdo, otra vez. Tenemos que mantener nuestra tesis, y en el caso en estudio decidir de acuerdo con nuestros argumentos basados en terminantes disposiciones legales que la



porción conyugal desaparece definitivamente cuando los bienes o derechos del cónyuge igualan o superan la cuantía de esa porción. En consecuencia, si el testador asigna al cónyuge toda la cuota de libre disposición hay que entregarle íntegramente esa cuota, como tal, y no como porción conyugal ni de otra manera. La interpretación de Fabres es, del todo forzada. Lo que ocurre es que si se acepta literalmente la tesis contraria, quince se imputarían a libre disposición y los diez restantes de esa cuota no habría a quien darlos, serían bienes abandonados o a merced del primer ocupante, lo cual es otro resultado inadmisibile de la tesis que combatimos.

El doctor Gómez Jaramillo sostiene que si se asigna al cónyuge en un acervo líquido de cuarenta mil sucres, veinte mil hay que dárselos íntegros: los diez como porción conyugal y los diez tomándolos de libre disposición. Lo que es falso, porque, en el caso, la mitad legitimaria es veinte, diez mejoras y solamente diez de libre disposición. El cónyuge no puede recibir la porción conyugal porque la asignación testamentaria la sobrepasa y en consecuencia NO HAY PORCIÓN CONYUGAL. Pero tampoco puede recibir veinte, pues si no hay porción conyugal, la mitad legitimaria íntegra le corresponde al hijo, la cuarta de mejoras también a él, y solamente quedan diez de libre disposición que se entregarán al cónyuge.

ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Es obvio, por lo dicho, que el cónyuge no puede recibir a la vez la porción conyugal y la cuota de libre disposición, porque ésta en todo caso, es igual o mayor que la porción conyugal, y, al serlo, hace desaparecer el derecho a porción conyugal. Cosa, por cierto, injusta, porque si el testador puede dejar toda la cuota de libre disposición a un extraño y a su cónyuge la porción conyugal, no se ven las razones de justicia, aunque sean claras las razones legales, para que el cónyuge no pueda ser acreedor de ambos derechos. Así lo estimó el Código Civil Chileno. Su Art. 1176 que corresponde al 1232 del nuestro, en su inciso tercero dice lo siguiente:

"No obstante lo dispuesto en el inciso primero de este artículo, la porción conyugal es compatible con cualquiera donación o asignación testamentaria que el cónyuge sobreviviente haya de percibir en la sucesión del difunto". Y consecuentemente, suprimió el Art. 1179 que corresponde al 1235 que comentamos. El inciso y la supresión provienen de la ley reformativa al Código Chileno de dos de Abril de 1952.



De esta manera han desaparecido en dicho Código las ambigüedades, contradicciones y problemas insolubles que aún existen en el nuestro. Ojalá que el legislador ecuatoriano realice una reforma semejante a la brevedad posible. Entre tanto, cada comentador puede opinar en cualquier forma y encontrar argumentos en respaldo de su tesis. Nuestra jurisprudencia, para aclarar estos problemas, es nula. Los interesados prefieren arreglar por transacción los problemas que surgen, y no someter a estos asuntos al azar de las resoluciones judiciales que, repito, podrían producirse en cualquier sentido.

**"Art. 1236.—El cónyuge a quien por cuenta de su porción conyugal haya cabido, a título universal, alguna parte en la sucesión del difunto, será responsable a prorrata de esa parte, como los herederos en sus respectivas cuotas.**

**"Si se imputare a dicha porción la mitad de gananciales, subsistirá en ésta la responsabilidad especial que le es propia, según lo prevenido en el título "De la sociedad conyugal".**

**"En lo demás que el viudo o viuda perciba a título de porción conyugal, sólo tendrá la responsabilidad subsidiaria de los legatarios".**

#### Proyecto de Bello:

**"Art. 1341.—El cónyuge sobreviviente será considerado como legatario de las especies o cantidades que se le adjudiquen por cuenta de la porción conyugal; no será, por tanto, responsable de las deudas de la sucesión, sino de la manera que lo son los legatarios; ni tendrá derecho alguno a las gananciales o lucros eventuales que acrecieren a la sucesión".**

Continúa en este artículo final la obscuridad, imprecisión y error de conceptos característicos de la porción conyugal. De acuerdo con el primer inciso, el cónyuge a quien "por cuenta de su porción conyugal", le haya cabido a título universal alguna parte en la sucesión del difunto, tendrá la responsabilidad de los herederos. Es obvio que si el cónyuge tiene una cuota en la sucesión, esa cuota es título universal,



y que, consecuentemente, el cónyuge es heredero y tiene los derechos y obligaciones de heredero. Así, en el caso de que el testador le asigne la cuota de libre disposición, respecto a esa cuota y en la medida de la misma, sucede en los derechos y obligaciones del difunto, exactamente como ocurre con los herederos. De manera que, en este aspecto, el inciso primero del artículo no dice nada nuevo ni nada importante. Pero vuelve a crear toda la confusión de conceptos que ya hemos analizado, al admitir en principio que esa cuota a título universal la recibe "por cuenta de su porción conyugal". No es verdad que la asignación a título universal se convierta en porción conyugal, sino que ésta desaparece, no existe, si aquella asignación es superior en cuantía a la porción conyugal; si es inferior, la porción es solamente el complemento.

Así mismo, si lo que recibe el cónyuge es una suma por gananciales, lógicamente, tiene las obligaciones inherentes a gananciales, de acuerdo con las normas legales que existen al respecto. La liquidación de la sociedad conyugal se realiza previa deducción de deudas de la sociedad, reintegros de bienes entre los cónyuges, etc., y el saldo se divide por igual entre ellos personalmente o representados por sus herederos. El segundo inciso es totalmente inútil porque la institución de la sociedad conyugal y de los gananciales está ya reglada detalladamente en otra parte del Código. Si los gananciales valen más que la porción conyugal, ésta desaparece, y si valen menos, la porción conyugal es el complemento.

Termina el artículo expresando que en lo demás que el viudo o viuda perciba a título de porción conyugal, sólo tendrá la responsabilidad subsidiaria de los legatarios, o sea que, en definitiva lo único importante en la norma es esta prescripción, pues que las otras ya están regladas específicamente por otras disposiciones legales. El cónyuge sobreviviente, en cuanto asignatario de la porción conyugal, no responde como heredero, a pesar de serlo como lo demostramos antes, puesto que es asignatario de cuota, sino que responde solamente como legatario. Jurídicamente ello es absurdo. Históricamente se justifica porque en el proyecto de Bello la porción conyugal se tomaba de los "bienes existentes" en el momento del fallecimiento del causante, y entonces sí, no era una cuota de la herencia total, sino de bienes limitados. Prácticamente, el asunto carece de importancia, porque si los bienes hereditarios no alcanzan a cubrir las deudas no



habrá ni porción conyugal ni ninguna asignación hereditaria. Lo único que ocurre es que los acreedores no podrán dirigirse contra el cónyuge sino solamente contra los herederos en sus acciones judiciales: el cónyuge sólo responderá subsidiariamente y siempre que se le haya entregado la porción conyugal. El Art. 1180 del Código Chileno, reformado por la ley de dos de Abril de 1952, se limita a decir lo siguiente: "El cónyuge, en cuanto asignatario de porción conyugal, será considerado heredero. Sin embargo, en lo que percibiére a ese título, sólo tendrá la responsabilidad subsidiaria de los legatarios.

"Si se imputare a dicha porción los gananciales, subsistirá en ésta la responsabilidad que le es propia, según lo prevenido en el título de la sociedad conyugal".

Se elimina de esta manera el contrasentido jurídico de considerar como legatario al asignatario de cuota.

La jurisprudencia sobre esta materia, como lo apuntamos ya, es reducida e intrascendente. Se limita a lo siguiente:

La porción conyugal es un derecho que ha de ejercerse durante el juicio de partición. (Gaceta Judicial, Serie II, N° 41).

El cónyuge puede renunciar la porción conyugal y acogerse a sus otros derechos; y su derecho de opción debe ejercerlo en la respectiva instancia como base para la partición. (Gaceta Judicial, Serie II, N° 58 y Serie III, N° 106).

Damos por terminada esta difícil materia. Ojalá que las observaciones hechas sirvan en algo para proceder a una reforma fundamental de las actuales disposiciones legales, cuya obscuridad y deficiencia son evidentes.